

導 論

目 次

壹、一個長期被忽視的研究領域	(一) 主觀上理由
一、整個國家歷史教育的問題	(二) 客觀上理由
二、以有關繼受西方法之討論 為例	二、台灣法律史的內容
貳、法律史學的研究取徑	三、參考文獻的蒐集
一、法律史學的研究對象	(一) 原住民族自治時期
二、法律史學的研究方法	(二) 荷西統治時期
(一) 從做為歷史學的一支出 發	(三) 鄭治時期
(二) 從做為法學的一支出發	(四) 清治時期
參、台灣法律史的建構	(五) 日治時期
一、單獨成爲一個研究領域的 理由	(六) 國治時期
	肆、小結

壹、一個長期被忽視的研究領域*

一、整個國家歷史教育的問題

一九九三年筆者甫自美國留學回來，當被詢問及專攻領域時，

* 本文有部分内容曾以〈台灣法制史之建立〉為標題，發表於《台大法學論叢》，23卷1期（民國82年12月），頁1-24。

2 台灣法律史的建立

為配合一般人的慣用語，經常即簡單地回答：「法制史」。但似乎大部分的人聽了之後，就想當然的認為是「中國法制史」，僅有少數人會進一步追問：「是中國法制史還是西洋法制史？」卻幾乎沒有人想到是「非中非西」的台灣法律史。為什麼台灣社會的人們，竟然不會把「法制史」一詞與自己所身處的「台灣」聯想在一起呢？

向來在台灣的歷史教育是從屬於統治者的國家意識型態。做為一個「想像的共同體」的近代「國民國家」(nation-state)，常想透過人為的歷史教育來塑造「國民意識」，歷史因此必須依據這個「國家」的意識型態加以解釋。一八九五年日本帝國征服台灣，台灣社會第一次被納入這種近代型國家權威底下，當時在台灣的歷史教育因而是為「日本國民意識」而服務的。¹於五十年後的一九四五年，另一個近代國家權威—中華民國國民(黨)政府—又跨海而來、君臨台灣社會，歷史解釋的目標因而改變為灌輸「中國國民意識」。²正因為近百年來台灣社會在政治上一直未被定位為一個「國家」，使得在台灣的歷史教育，始終不以台灣社會自身的發展為主軸進行「國民塑造」的工作，反而刻意的讓台灣社會去曲從、去依附另一個與其具有若干異質性的社會—或日本社會或中國大陸社會。尤其當討論的對象是高度涉及國家權力的法律制度，統治當局更不願台灣相對較特殊的法律生活經驗被突顯出來，這些特殊經驗只能以「地方史」的身分被置於「國家史」的大脈絡下，或者乾脆避而不談，好讓它逐漸被大眾所淡忘。在這種惡劣的大環境裡，以台灣為主體的台灣法律史，很難有生存及自由揮灑的空間。

¹ 日本官方出版之有關台灣通史的書籍，即充分顯露出這種性格。參見翁佳音等，《台灣通史類著作解題與分析》(台北：業強，1992年)，頁103。

² 參見翁佳音等，同上，頁114-115，120。

二、以有關繼受西方法之討論為例

過去在台灣許多關於繼受西方法的研究，即充分顯示欠缺台灣主體性思考的特色。當日本統治台灣時，在台灣之法學者，絕大多數是日本人，彼等自然把台灣社會之繼受西方法視為其早已在日本內地進行之法律西方化的一部分。雖然他們認知到台灣原屬清帝國統治，並未與「日本內地」同步接觸西方法，且用心地調查及實際上援用所謂的「台灣舊慣」，但日本政府這份對台灣原有法律的關心，最終目的卻在於消滅這些台灣的「特殊」習慣規範。³值得注意的是，在日本統治的一九二〇年代，幾位具有「台灣人意識」的第一代台灣法律人，已試圖本於台灣社會自身的法律發展歷程，探討日本西方式民商法應否施行於台灣的問題。⁴雖其並未正式揭櫫台灣法律史的大纛，但顯然已流露出台灣主體性的思考方式；只不過，這種聲音在當時極為微弱，且為統治者所不喜。

一九四五年以後，新來的中國統治者之歷史經驗，再次決定了

³ 日本政府在台灣廣泛調查舊習慣係由後藤新平所力倡，其目的是為了日本帝國在台統治之順遂，且以台灣法律與日本內地法律同一為遠程目標。參見後藤新平，〈經營台灣必須調查舊慣制度的意見〉，《台灣舊慣記事》（中譯本，台灣省文獻委員會譯），1卷5號（原刊於明治34年〔1901〕5月），頁154-157。

⁴ 參見鄭雪嶺（松筠），〈就民商法施行而言〉，《台灣青年》（東方文化書局複刊於民國62年），3卷4期（大正10年〔1921〕10月），漢文之部，頁17-21；林呈祿，〈民法の親族規定を台灣人に適用する法案の疑義〉，《台灣》（原稱《台灣青年》），第3年第6號（大正11年〔1922〕年9月），和文之部，頁21-35。鄭松筠認為身分法事項應隨社會而異，台灣人身分上習慣法係沿襲自傳統中國而不同於日本內地，不宜全部廢棄改依日本內地法。林呈祿亦認為台灣人若干親屬法上習慣由來已數千年，不宜旦夕之間以相異之日本民法親屬編取代之。

4 台灣法律史的建立

這項議題的研究取向。戰後台灣法學界，就繼受西方法的討論，出現了急遽轉變，改以「中國內地」的歷史經驗為準，也就是從一九〇二年中國（大清帝國）決定學習西方法之時點，開始談對於西方法的繼受，而不分辨所討論的主題究竟是「中華民國法律的西方化」，還是「台灣社會的法律西方化」。事實上這兩者並不一致。當中國於一九〇二年（光緒 28 年）開始嘗試西方化其法律時，台灣已不為中國政權所統治，故從此時一直到一九四五年為止，在中國大陸所進行的任何法律改革，都跟當時的台灣社會無關。其實在較早或同一的時間裡，台灣社會正由另一個政權—日本殖民地政府—帶領著，經歷近代西方式法律的施行。若由歷史年代來舉例說明，近代西方式刑法第一次正式被施行於台灣社會，是在日本統治下的一八九六年，⁵中國社會第一次出現近代西方式刑法典，係於一九一〇年，⁶而現行中華民國刑法典之公佈，則已是一九三五年的事。由於今日的台灣社會，基本上乃是延續著一九四五年以前那個台灣社會，⁷倘若探討的主題是台

⁵ 明治二九年（1896）律令第四號規定在台灣之犯罪依日本帝國刑法處斷。當時的日本刑法係公布於明治 13 年（1880）由法國法學者草擬的近代西方式法典。日本帝國刑法於明治 40 年（1907）再遵循近代西方刑事法理論做若干修改。參見細川龜市，《日本近代法制史》（東京：有斐閣，昭和 36 年），頁 142-148。

⁶ 由日本法學者草擬之第一部中國西方式刑法典—大清新刑律，經附加旨在維護傳統中國禮教的「暫行章程五條」後，由資政院議決，並於宣統 2 年（1910）12 月宣佈，但尚未及施行清朝已滅亡。至民國元年（1912）才刪除大清新刑律中與民主國體抵觸者，取消原附加的暫行章程五條，改稱「暫行新刑律」，予以頒行。參閱林 榮，《唐清律的比較及其發展》（台北：國立編譯館，民國 71 年），頁 130-134，195。

⁷ 依官方統計數據，現今台灣社會人口中總計約有百分之八十六係屬「台灣省籍」、「台北市籍」及「高雄市籍」，此即俗稱之「本省人」，其本身或其上一代曾經有受日本統治的經驗。參閱行政院主計處，《中華民國統計年鑑

灣社會的法律西方化，則當然須觀察台灣在日本統治時期有關西方式法律的制訂與施行的實況，但是長期以來台灣法學界似乎根本無視於這段法律史的存在。此不能不歸因於較欠缺台灣主體性之思考，而這顯然是國家歷史教育的「成功」。⁸

自一九八〇年代後期，原本一直為統治當局所打壓的「台灣本土意識」已在台灣社會逐漸昂揚，台灣法律史終於有機會破繭而出。於一九八六年，也就是台灣即將解除戒嚴邁向政治自由化的前一年，有兩位台灣著名法學者分別在其公開演講中提到：日本統治的五十年對於台灣社會之繼受西方法具有若干正面的意義，⁹雖然這項論點並非其演講的主題，但似乎已展現出從台灣社會之角度思考問題的傾向。約十年後的一九九五年，一群明白揭示認同台灣主體性與自主性的法學者，以「台灣法制一百年」為主題發表多篇論文，且大多肯定台灣法制的現代化，是從一八九五年日本之統治台灣開始，故到一九九五年剛好一百年。¹⁰可見當今台灣法學界，已有部分學者逐漸擺脫過去由統治者所設下的國家意識型態的框框。立基於台灣主體意識的台灣法律史研究，似乎也將否極泰來、登上法學研究的殿堂。

（一九八九年度）》，頁 68-69。而且今日台灣之自然與社會環境，亦由日本統治下的台灣一脈相傳而來。

⁸ 筆者亦不免於成為國家歷史教育下的制式產品，故非得等到赴美國留學之後，才能就此有所反省，進而以台灣在日本統治下對西方法的繼受，做為博士論文的探討主題。

⁹ 參見蔡墩銘，〈貴賓致詞〉，《戰後中日法學之變遷與展望》（台北：中國比較法學會，民國 76 年），頁 3-4；王澤鑑，〈民法五十年〉，載於《民法學說與判例研究，第五冊》（台北，民國 76 年），頁 8。上述講詞都是在民國 75 年（1986）以口頭發表。

¹⁰ 參見台灣法學會（原名為中國比較法學會）編，《台灣法制一百年》（台北，1996 年）。

6 台灣法律史的建立

惟冰凍三尺非一日之寒，台灣法律史研究在好不容易「破冰」之後，仍須面臨漫長崎嶇的路途。在一九九七年的今天，當我表示自己係專攻台灣法律史時，已有較多的人們知道這是研究有關台灣的法律歷史，但大多數人依舊不清楚它的內容是什麼，或者在心中根本就質疑其存在的必要性。因此以下將先闡明「法律史學」（或簡稱「法史學」）的學問特質，再談「台灣法律史」這個學門的內容。尤應說明者，雖然過去台灣法律史因政治因素而受壓抑，吾人亦不希望未來它亦因政治因素而蒙寵幸，甚至又淪為製造另一個「國家神話」的工具。台灣法律史的存在，應有其學術研究上的理由與價值，且應堅持「反省、批判」與「求真、求善」的學術性格。

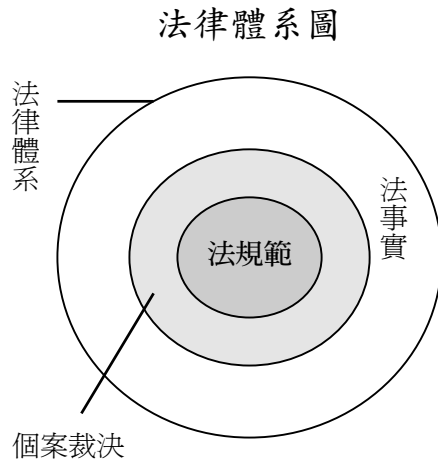
貳、法律史學的研究取徑

一、法律史學的研究對象

法律史學所關心的是過去曾發生的法律現象。法律史學之所以要對已成爲過去的法律現象加以研究，主要是想透過認識過去，來瞭解現在，進而策畫未來。亦即經由對過去的法律之形成原因和實際運作情形爲充分的認識後，瞭解其是否透過文化的傳遞而影響及現今的法律社會，並藉以設計相應的策略來維持或變易傳統觀念，達到改善現行法律的目的。¹¹這項研究上的動機，使得如下所述的「法律發展歷程」成爲法律史學的研究對象。

¹¹ 參見張偉仁，〈傳統觀念與現行法制—「為什麼要學中國法制史」一解—〉，〈台大法學論叢〉，17卷1期（民國76年），頁5。

為便於說明法律的發展歷程，姑且將其區分為三個部分：(A)「形成法律的原因」、(B)「法律的規範內容」、(C)「法律的社會效應」(見下一頁所附圖表)。在此必須先界定「法律」(或簡稱為「法」)之意義。若如右圖，將法律的所有成分組合為一個「



法律體系」(legal system)，其包含著「法規範」，即法律當為規範(norm)，以及「法事實」，即與法規範相關的經驗性事實。依實證主義(positivism)立場，法律通常被認為具有命令性規範(prescriptive norm)與經驗性事實(empirical fact)的兩面性。¹²本文基本上同意這項見解，認為某一法規範之存在，一方面是一項經驗性事實；另一方面，法規範本身終究是以應然語句所構成的命題，¹³在法律現象的觀察上有必要凸顯這種特質，故宜從所有的法律經驗性事實中特別區分出「法規範」。例如假設某個時代有某法律條文規定：「凡殺人者應處死刑或無期徒刑」，這當然是一個經驗性事實，但它同時是一項由應然語句所構成的「法規範」，我們因此會關心它在當

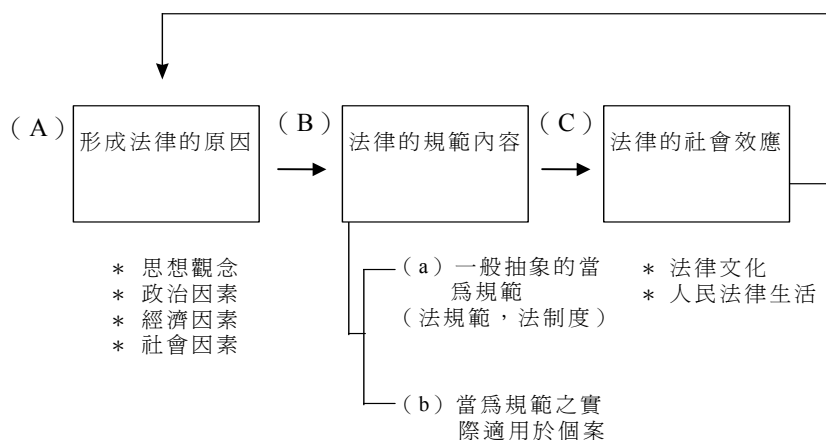
¹² R. Cotterrell, *The Sociology of Law : An Introduction* (London: Butterworths, 2nd ed.,1992), pp.8-9.

¹³ 應然語句是指在其中包含了「禁止」、「允許」、或「要求」的語句。見王海南等，《法學入門》(台北：月旦，1993年)，頁21。此部分係由顏厥安教授執筆。

8 台灣法律史的建立

時整個法規範體制中的地位（規範面上的意義），譬如其係立法機關所公佈施行的法律或行政機關頒行的命令（假如有此區分的話）？其與其他法規範是否存有特別法與普通法的關係？不過，若將該項當為規範解釋適用於某具體生活事實，而對個案為規範性命令（例如司法裁判），則雖仍和這項法規範之內容有關，但已涉及社會事實，故兼具「法事實」性格。至於總計該項法規範實際上被援用的頻率及所宣告的刑種，或觀察是否因而使社會治安趨善等問題，則僅係經驗性事實之陳述，非為應然命令，應純屬「法事實」範疇。

法律發展歷程圖示：



探索(B)「法律的規範內容」，經常是法律史研究的第一步。當我們想研究過去的某一法律現象，通常會從理解當時相關的法規範

之內容入手。法規範是指對不特定人所為之一般抽象的命令性規範，且係可透過權威機關之強制力所實施之規範，故不同於禮俗、宗教等社會規範。¹⁴於近代西方式的國家法律，這些法規範包括憲法、立法機關制訂的法律、行政機關的「法規性命令」、¹⁵地方自治團體本於自治立法權所制訂的法規、國際條約，乃至司法機關所為實質上具有一般性規範之拘束力的判決理由（例如台灣現行法上的「判例要旨」）等。本書〈日治時期台灣特別法域之形成與內涵—台、日的「一國兩制」〉所談的「法源」，即是此等法規範。惟針對施行傳統中國法之社會，所謂之法規範，除官府制定的成文法規之外，還包括由村庄頭人（領導者）、家族長等「權威機關」依其「強制力」所實施的民間習慣規範。本書〈台灣企業組織法之初探與省思—以合股之變遷為中心〉，因而將台灣在清治時期關於合股的民間習慣規範，納入法規範之範圍內。把相互間具關連性的法規範集合成為一體，即通常所稱之「法制度」（legal institution）或「法體制」。

由特定的「法規範」加上「具體生活事實」所構成之個案適用法律結果，雖然已不單純是以一般、抽象性規範之姿而存在，仍宜置於「法律的規範內容」底下。按於個案所出現的法律適用結果（法律判斷），原是依理則學上三段論法，以某特定的法規範為「大前提」，某具體生活事實為「小前提」，所得出的「結論」。故可謂是一般、抽象的法規範的具體落實，對於法規範內容的闡明具有重要意義。例如觀察一九二〇年代國家法律對政治犯的處置時，吾人除須瞭解治安警察法內諸多抽象的法規範之外，還須注意到它實際被適用於一九二三年所謂的「治警事件」時的情形，譬如就該事件所為判決之最高

¹⁴ 參見同上，頁 22。

¹⁵ 參見黃茂榮，〈《法學方法與現代民法》〉（台北，1993 年），頁 15-18。

10 台灣法律史的建立

刑度僅有有期徒刑四個月。又如本書〈台灣日治時期憲法史初探〉，不以討論明治憲法之抽象法規範意義為已足，尚進一步探求政府機關或人民，於何時援引這些法規範、做什麼樣的法律主張。蓋透過這些實際適用的案例，才可更清晰的認識到法律的規範內容，同時呈現其曾經對什麼人或什麼事發生規範效力。

這些法律的規範內容究竟因何產生，乃是圖表上（A）「形成法律的原因」所擬探討者。法規範既然是一種當為規範，其背後經常有某種價值觀以決定當為或不當為。各種思想觀念乃是形塑價值觀的重要因素，其之影響法規範內容，自屬當然。傳統中國法上許多尊長與卑幼之間的不平等對待，即是來自儒家思想中家族內應卑事尊、幼事長的觀念。但政治因素可能更直接的決定法規範之內容，不論是專制獨裁政治或民主政治皆然。如本書〈日本殖民統治下台灣的法律改革〉所指出，日本帝國在台灣所進行的法律改革，經常有其殖民地統治利益的考慮。至於民主國家，法律所由生的國會，不正是各種政治勢力角力的場所嗎？經濟因素也不容忽視。今已廢止的「獎勵投資條例」，從名稱上即可知是為達成經濟目的而制訂的。又社會的變遷，亦可能導致法規範的修改。台灣婦女之社會地位及活動能力的提昇，已相當大的程度，促成了中華民國親屬法上若干不符兩性平權原則之條文，遭立法上廢止或司法上宣告無效（例如大法官會議第三六五號解釋認為民法第一〇八九條違憲）。以上所舉只是較為明顯之例，事實上有太多非法律的因素有力地決定了法律的規範內容。

此外，我們同樣或更是關心：在施行了那些法規範之後，究竟因而出現什麼樣的人類社會？亦即（C）所談的法律對社會的效應（effect）問題。這些與法律相關的社會現象，包括一般所謂的「法律文化」，亦即公眾對於法律的理解、以及對它的態度與反應模式。相

關議題包括：人們是否認為法院是公正的？人們在什麼時候願意使用法院？人們認為法律的哪些部分具有正當性？人們一般地認為法律是什麼？身為法律專業者又有什麼樣的法律文化觀呢？¹⁶例如本書〈台灣日治時期憲法史初探〉，即檢討當時台灣憲法文化之內涵。再者，於經歷數個法律體制之後，台灣人民究竟是認為法律乃統治工具而避之唯恐不及呢？還是認為法律是社會生活關係的最高準繩而積極援引之？另外，還有一些社會現象和人民的「法律生活」息息相關，亦屬考察法律的社會效應時之重點。例如，施行某種有關刑事制裁之法律規範內容（含法規範及在實際個案的適用）之後，社會治安狀況因之發生什麼樣的變化？司法上的律師制度或民法上抵押權、質權等擔保物權制度，是否經常為一般人民所使用？雖為現行國家法規範所否定但係舊有國家法規範所肯定之「女子不繼承家產」，是否仍某程度存在於人民法律生活當中？

須解明這三個部分之間的互動關係，才能探知法律的發展歷程。由上述說明應可概略瞭解因（A）而有（B）、因（B）而有（C）的因果關連性。此外，（C）可能轉化為（A）的一部分，例如正因某種法律規範內容可產生某種社會效應，故在結合某些政治、經濟、社會等因素的考量後，制訂出新的法規範。其實例為：基於傳統中國的保甲制度在清治台灣社會裡具有協助官府維護地方治安的效應，新來的日本政府本諸「以土人法統治殖民地」的政略，制頒了結合近代西方式警察制度的「保甲規則」。或者（B）可能透過（C），反向地導致（A）之構成部分發生變化，而變化後的（A）再影響及（B）。例如某項法律規範內容，因其正當性廣為社會所接受而發揮強大

¹⁶ 參見 L. Friedman, *The Legal System: A Social Science Perspective* (New York: Russell Sage Foundation, 1975), pp. 193-194。

12 台灣法律史的建立

的實質規範力，變更了政治、經濟、社會等結構，進而使得新的結構在未來產生出新的法律規範內容。以大法官會議第二六一號解釋，認為第一屆未改選之中央民意代表應於一九九一年年底以前終止行使職權為例。此項法律的規範內容，固然是因台灣政治情勢變遷所致，但因大法官的職權及此項解釋文本身深獲社會肯定，中央民意代表乃全面在台改選，而由台灣選出的代表則使爾後立法院所制訂的法規範更具台灣特色。又，(C)亦可能反向地影響(B)，不同法律文化背景者，面對相似的法規範條文可能會做出迥異的法律解釋適用。若從本文所稱之(B)及(C)即構成了法律體系，而(A)則屬政治、經濟、社會等體系運作之範疇，來加以觀察，那麼這些也可視為是法律體系與其他非法律體系之間的互動關係。

法律史學不宜僅以法規範之集合，亦即法制度或法秩序，做為研究的對象。按法律史研究所涉及的，經常是現在已失效的法規範，故其不能經由法律之解釋適用而規範當下的生活關係，那又何必對此加以研究呢？主要即是因為它會經由文化的傳遞，而影響及現在的社會。詳言之，法規範（尤其是國家實定法上規範）可能旦夕之間成為無效，但由該等法規範之施行所形塑而成的法律現象（例如法律文化），卻可能延續至下一個施行新法的時代，或需一段時間之後新的法規範才會再形塑出新的法律現象。因此若僅注意「法規範」而不探究「法事實」，則勢必不能藉「過去」的法律來瞭解「現在」的法律現象，更遑論對「未來」法律的發展提出預測，致喪失法律史研究的意義。緣此，筆者以「法律史」取代向來所稱之「法制史」一詞，因其易於被等同為僅以「法制度」為研究對象的制度史。當然，雖以「法制史」為名，但卻以整個法律發展歷程為研究標的，亦未嘗不可。但過去台灣學界已習於以「法制史」之名為「制度史」的研究，例如坊

間有關「中國法制史」的教科書大多如此，故爲了刺激學界重新思考斯學的研究對象，擬以新的名稱展現不一樣的研究取徑（approach）。總之，既然所欲觀察的是整個法律體系的歷史，則以「法律史」稱之較爲恰當。法律史亦可稱爲「法史」，就像「法律社會學」可稱「法社會學」，「法律學院」可稱「法學院」。¹⁷

二、法律史學的研究方法

由於法律史學係以歷史的—亦即過去的—法律現象爲對象，兼具歷史學與法學的性格，故其研究方法也須同時滿足這兩種學問的研究方法。¹⁸

（一）從做為歷史學的一支出發

欲探知與法律相關之歷史事實，須從史料的蒐集著手。由各種史料所可呈現的經驗性事實，多如繁星，研究者勢必只能擷取與其關心重點（問題意識）相關之事實。至於爲何關心此不關心彼，只好讓諸研究者主觀的決定。這就像一群朋友去爬山，行走在同樣的山路，唸植物學系者可能注意花草樹木的變化，地質學系者卻注意岩石的變化，專攻土木建築者則專注於築路的技術，蓋各個人主觀的關心點不同也。但歷史事實之是否存在，有客觀的真假對錯可言，故做爲史實之基礎的史料宜盡可能多方蒐集，切忌一開始就預設結論而排斥與該「結論」不合之史料，例如只要研究者可找到一名台灣人在日本時代

¹⁷ 關於使用「法律史」的名稱，尚有關於研究方法上的理由。參見本書，頁85。台灣著名的法理學教授楊日然亦使用「法律史學」一詞，參見楊氏上課筆記。

¹⁸ 參見齋川真，〈法史學の位置と方法について〉，《法制史研究》，第43期（1993年），頁129-133。